

Mastergradsoppgave
JUS399

”Som den er”-klausulen ved eiendomsoverdragelse

Innskrenkninger i ”som den er”-klausuler etter avhendingsloven
§ 3-9 2. setning

Kandidatnr: 175391

Veileder: Ingvild Schiøll Ericson

Antall ord: 12602

25.05.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Rettskildebildet	3
1.2.1	Metode	3
1.2.2	Utfyllende om rettskildene	3
1.3	Oppgavens videre fremstilling	5
<u>2</u>	<u>AVHENDINGSLOVENS § 3-9 – ANVENDELSESOMRÅDE</u>	<u>6</u>
2.1	Innledning	6
2.2	Generelle forbehold	6
2.3	Spesifiserte forbehold	7
<u>3</u>	<u>AVHENDINGSLOVEN § 3-9 – ENKELTSTÅENDE PROBLEMSTILLINGER</u>	<u>8</u>
3.1	Selgers opplysningsplikt og kjøpers undersøkelsesplikt - innledning	8
3.1.1	Selgers plikt til å gi opplysninger om eiendommen - § 3-7	8
3.1.2	Plikten til å gi korrekte opplysninger etter avhendingsloven § 3-8	11
3.1.3	Kjøpers undersøkelsesplikt – Avhendingsloven § 3-10	13
3.2	Har ”som den er”-klausuler betydning ved avhending av ny eiendom?	15
3.3	Har avtaleloven § 36 virkning overfor ansvarsfraskrivelser ved eiendomsoverdragelse?	16
<u>4</u>	<u>VESENTLIGHETSKRITERIET</u>	<u>17</u>
4.1	Innledning	17
4.2	Forholdet mellom § 3-1 og § 3-9 – mangelsvurderingen	18

4.3	Kjøpesummen	20
4.3.1	Hvilken sum skal legges til grunn? Utropspris eller kontraktssum.	20
4.3.2	Kjøpesummens betydning	21
4.4	Forholdet mellom kjøpesum og utbedringskostnader	22
4.4.1	Innledning	22
4.4.2	Kan en tallmessig vurderingsgrense avgjøre hva som er vesentlig – ”prosentlæren”	23
4.4.3	Hva er så den prosentuelle grensen?	25
4.5	”Tilhøva elles”	27
4.5.1	Innledning	27
4.5.2	De objektive forhold	27
4.5.2.1	Boligens alder	27
4.5.2.2	Bygningens karakter - slitasje	28
4.5.2.3	Byggeskikk	29
4.5.2.4	Opplysninger gitt av selger forut for kjøpet	30
4.5.3	De subjektive forhold	33
4.5.3.1	Innledning	33
4.5.3.2	Partenes profesjonalitet og styrkeforholdet mellom partene	33
4.5.4	Culpa – en vurdering av partenes aktsomhet	35
4.5.4.1	Innledning	35
4.5.4.2	Culpøse momenter	36
5	<u>FORHOLDET MELLOM AVHENDINGSLOVENS § 3-9 OG ANDRE NÆRLIGGENDE MANGELSBESTEMMELSER</u>	37
5.1	Innledning	37
5.2	Avhendingsloven § 3-2 (2) – forskriftsmangler	38
5.3	Avhendingsloven §§ 3-3 til 3-6 a	39
5.4	Retts- og rådighetsmangler etter §§ 4-17 og 4-18	40
6	<u>TILSTANDSRAPPORTERS BETYDNING VED SALG AV BRUKT EIENDOM</u>	40
6.1	Innledning	40
6.2	Tilstandsrapporter og ”som den er”-forbeholdet	41

7	<u>LITTERATURLISTE</u>	A
7.1	Faglitteratur	A
7.2	Lover	B
7.3	Forarbeider	B
7.4	Domsregister	B
7.4.1	Høyesterett	B
7.4.2	Lagmannsrettene	C
7.4.3	Internett	E

1 Innledning

1.1 Tema

I tråd med velferdsutviklingen har avhending av fast eiendom økt betraktelig. Summene er store og representerer kanskje det viktigste kjøpet en enkeltperson foretar seg i løpet av livet. Dermed er avhendingsretten en svært viktig gren under formuesretten¹.

Det alminnelige utgangspunktet i norsk kjøpsrett er at selger har risikoen for skjulte mangler. En ”som den er”-klausul skyver imidlertid risikoen for eventuelle mangler ved ytelsens egenskaper fra selger over på kjøper. Etter avhendingsloven² (heretter avhl.) § 3-9 avgrenses rekkevidden av ”som den er”-forbehold. Temaet for denne avhandlingen er hvordan ”som den er”-klausuler står seg ved salg av fast eiendom etter avhendingsloven § 3-9 2. setning.

En stor del av de eiendommer som avhendes, er brukte. Eierforholdet skiftes videre mellom privatpersoner uten særskilt kompetanse. Det har dermed blitt vanlig at selger inkluderer avtaleklausuler om ansvarsfraskrivelse i avtalen. Avtaleklausulene går ut på at en eiendom selges ”as is” eller andre lignende varianter av denne ordlyden. Ved å innta en ”som den er”-klausul søker selger, som nevnt over, å fraskrive seg ansvar for eventuelle mangler ved ytelsen. Om enn det kan virke betenkelig at debitor fraskriver seg ansvar for skjulte feil og mangler, er ”som den er”-klausuler ”fullt lojale”³ i følge juridisk teori. Dette siden loven allikevel regulerer hvor langt virkningene av slike klausuler skal gå jfr. § 3-9.

”Som den er” klausulen er en generell ansvarsfraskrivelse. Med dette menes at en ikke setter et spesifisert forbehold, men at selger fraskriver seg ”ethvert ansvar for

¹ Roald Martinussen: Avhendingsrett. s. 13

² Lov om avhending av fast eignedom 3. juli 1992 nr. 93

³ Trygve Bergsåker: Kjøp av fast eiendom s. 183

eiendommens tilstand”⁴. I prinsippet kan derfor ikke kjøper påberope mangler ved eiendommen da enhver tilstand er akseptert i kontrakten, jfr. Blant annet Multimurdommen⁵. Som nevnt over er dette en sannhet med modifikasjoner da loven regulerer rekkevidden av ”som den er”-forbehold.

Salg av fast eiendom reguleres av Lov om avhending av fast eiendom (avhendingsloven) av 3. Juli 1992. Lovens § 3-9 regulerer bruk av ”som den er”-klausuler ved kjøp av fast eiendom. Bestemmelsen lyder:

”Endå om eiegen er selt « som han er » eller med liknande allment atterhald, har eiegen likevel mangel der dette følgjer av §§ 3-7 eller 3-8. Eiegen har også mangel dersom han er i vesentleg ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles.”

Når en ”som den er”-klausul er inntatt i en kontrakt om salg av en eiendom som reguleres av avhl., kan det etter avhl. § 3-9 foreligge mangler i tre forskjellige tilfeller. Bestemmelsens første punktum viser for det første til lovens § 3-7. Etter denne kan det foreligge en mangel hvis debitor har oppgitt mangelfull informasjon om eiendommen. For det andre kan det foreligge mangel ved eiendomsoverdragelsen hvis debitor har opptrådt svikaktig gjennom å gi feilaktige opplysninger om eiendommen jfr. § 3-8. De to overnevnte bestemmelsene gir med andre ord uttrykk for et alminnelig lojalitetsprinsipp og det er sikker rett at man ikke kan klausulere bort ansvar for illojale disposisjoner. Denne besvarelsen vil imidlertid i all hovedsak ikke ta opp problemstillinger knyttet til disse to alternativene i avhl. § 3-9.

Til slutt kan det etter andre setning foreligge en mangel ved eiendommen om denne er i ”vesentleg” dårligere stand enn hva kreditor kan forvente i lys av ”kjøpesummen” og ”tilhøva elles”. I denne avhandlingen vil jeg forsøke å belyse når vesentlighetskravet er oppfylt og dermed hvor langt ”som den er”-klausulen strekker seg.

⁴ Harald Benestad Anderssen: avhendingsloven § 3-9 2. Punktum. S. 11

⁵ Rg. 2001 s. 56, s. 62

1.2 Rettskildebildet

1.2.1 Metode

Avhandlingen er forfattet med utgangspunkt i den tradisjonelle juridiske metode. Jeg vil benytte meg av de klassiske rettskildefaktorene som lovtekst, forarbeider, rettspraksis, juridisk teori fra bøker, artikler og lignende, samt alminnelige privatrettslige prinsipper og reelle hensyn.

1.2.2 Utfyllende om rettskildene

Loven

Lov om avhending av fast eiendom, heretter avhendingsloven, er den viktigste rettskilden for å regulere tvister og avdekke mangler innen avhending av eiendom. Rettsregler for avhendelse av eiendom var imidlertid hovedsakelig regulert i sedvane og rettspraksis frem til avhendelseslovens ikrafttredelse⁶. Kjøp av eiendom og den viktigheten dette representerte for enkeltindividet gjorde at man så seg nødt til å kodifisere den ulovfestede eiendomsretten til en egen lov. I forarbeidene til avhendingsloven fremheves det at det er ”viktig at reglene her må vere særleg klåre og oversynlege”⁷. Forarbeidene kan tolkes dit hen at man må legge ekstra vekt på at en tolkning av lovteksten må være i samsvar med lovens ordlyd. Allikevel er det et viktig poeng at lovteksten på ingen måte er uttømmende og at bestemmelsen i § 3-9 forutsettes utfylt med momenter slik de fremgår av rettspraksis.

Rettspraksis

Avhendingsloven representerer i all hovedsak en kodifisering av ulovfestet rett utviklet gjennom sedvane og rettspraksis. Domsavsigelser fra tiden før avhendelsesloven ikrafttredelse vil dermed ha overføringsverdi til denne avhandling. Frem til Bukkebodommen i 2002⁸ hadde ikke Høyesterett avsagt domsavsigelse med direkte relevans til lovens § 3-9. Etter denne har imidlertid Høyesterett avsagt flere dommer som vil kunne

⁶ Innst. O. nr. 71 (1991-1992) s. 3

⁷ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 18

⁸ Rt. 2002 s.1425

være med på å klarlegge innholdet i regelen, herunder ”avvisningsdommen”⁹, ”Rottedommen”¹⁰ og en nylig avsagt dom i 2010¹¹.

Lagmannsretten har på sin side avsagt et større mangfold av domsavsigelser om § 3-9. Lagmannsrettens rettskildemessige tyngde vil etter en standardisert juridisk metode være av mindre vekt, men kan i denne avhandling tilkjennes litt større tyngde på grunn av mangel på avsigelser fra den høyeste instans. På den annen side kan imidlertid lagmannsrettens kjennelser fremstå som inkonsekvent ved at noen avgjørelser legger større vekt på et bestemt moment, mens andre kanskje har oversett dette momentet. Det er viktig å understreke at man må være varsom ved bruk av disse domsavsigelsene som avgjørende argumenter.

Forarbeidene

De sentrale forarbeidene til avhendingsloven fremgår av Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) og Innst. O. nr. 71 (1991-1992). Lovforarbeidene har tyngde som rettskilde ved at lovgiver gjennom forarbeidene viser hva som er hensikten med en bestemmelse, populært kalt lovgiverviljen.

Juridisk teori

Det finnes et rikholdig utvalg av juridisk litteratur innen kjøpsretten generelt. Det har også siden avhendingslovens ikrafttredelse blitt forfattet flere bøker samt artikler som er snevrere i sitt siktemål. Hvorvidt juridisk teori innebærer viktige argumenter er diskutabelt, men de kan være med på å antyde hva som bør vektlegges i gråsonetilfeller. I denne avhandlingen kan juridisk teori til en viss grad tillegges større vekt hvis den bidrar til å systematisere de tilfeller hvor høyesterettspraksis og lagmannsrettens praksis fremstår som uklar.

⁹ Rt. 2007 s.1587

¹⁰ Rt. 2008 s.963

¹¹ Rt. 2010 s.103

Reelle hensyn

En rettsavgjørelse bør være i tråd med folkets rettsfølelse slik at den oppfattes som rettferdig. Eckhoff¹² definerer reelle hensyn som "[...] vurderinger av hva som er rettferdig, rimelig og formålstjenelig". Rimelighetsbetraktninger spiller dermed en viktig rolle når domstolene avgjør tvister og utmåler straff.

Det er imidlertid sikker rett at reelle hensyn gis mindre vekt innen rettsområder hvor det foreligger omfattende lovregulering. Dette er tilfellet i kjøpsretten generelt¹³, inkludert i tilfeller som faller innunder avhendingsloven. Det er dog verdt å merke seg at det alltid til en viss grad er rom for rimelighetsbetraktninger innen rettsvitenskapen.

Avhendingsloven § 3-9 2. setning legger opp til en skjønnsmessig vurdering og taler dermed for at rimelighetsbetraktninger vil kunne virke inn på tolkningsresultatet.

1.3 Oppgavens videre fremstilling

Innledningsvis vil jeg i del 2 ta for meg avhendingslovens § 3-9s anvendelsesområde og når denne kommer til anvendelse. I oppgavens del 3 vil jeg videre behandle enkeltstående problemstillinger som kan være med på å gi en bredere forståelse av rettsområdet, herunder en utredning om selgers opplysningsplikt og kjøpers undersøkelsesplikt. I del 4 vil jeg punktvis se på de forskjellige vurderingstema til avhl. § 3-9 2. setning. I del 5 vil jeg kort redegjøre for forholdet mellom avhendingslovens § 3-9 og lovens øvrige mangelsbestemmelser. Avslutningsvis vil jeg i del 6 ta for meg NOU 2009: 6. Her vil jeg se på om en regelendring hvor "som den er"-klausuler bare tillates når det selger har fremlagt tilstandsrapport, er hensiktsmessig.

¹² Eckhoff (2001) s. 24

¹³ Kai Krüger, 1999 s. 54

2 Avhendingslovens § 3-9 – anvendelsesområde

2.1 Innledning

Avhendingslovens virkeområde fremgår av § 1-1 og gjelder ”avhending av fast eiendom [...] ved sal, byte eller gåve”. Lovens § 3-9 gjelder dermed i saker om overdragelse av eiendom.

Et forbehold i seg selv må fremgå av avtalen og være i tråd med avtalerettslige prinsipper jfr. § 3-1 (1). Forbeholdet kan være spesifisert eller generelt¹⁴.

Bestemmelsene i §§ 3-1 og 3-9 søker på sin side å regulere omfanget av det henholdsvis spesifiserte eller generelle forbeholdet. I det følgende vil først spesifiserte forbehold behandles, og deretter generelle forbehold.

2.2 Generelle forbehold

Avhendingsloven § 3-9 regulerer de generelle forbehold og gjelder mangelsvurderinger i de tilfeller hvor selger har benyttet seg av en ”som den er”-klausul. Klausuler som henviser direkte til § 3-9 er klare ansvarsfraskrivelser i lovens forstand¹⁵.

For det andre regulerer bestemmelsen også tilfeller hvor en kontrakt om en eiendomsoverdragelse inneholder et ”liknande allment atterhald”. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier da at forbehold med ordlyd tett knyttet opp til ”som den er” vil være å anse som et generelt og akseptert forbehold. Klausuler som ”i besiktiget stand” og ”uten ansvar for skjulte feil og mangler” vil etter forarbeidene utgjøre ”som den er”-klausuler¹⁶. De eksempler som fremgår av forarbeidene er imidlertid ikke uttømmende. Lovgiver har ikke spesifikt angitt hvilken ordlyd en klausulering som omfattes av ”som den er” kan ha. Dette kan eksemplifiseres gjennom rettspraksis. I bukkeboddommen behandlet retten en mangelsvurdering når eiendommen var solgt ”... i den stand den var

¹⁴ Viggo Hagstrøm, 2003. s. 327-328

¹⁵ Anderssen s. 15

¹⁶ Ot.prp. nr. 66 (1990-91) s. 92

ved kjøpers besiktigelse, jf. Avhendingsloven § 3-9¹⁷”. Vi ser dermed at det foreligger en godkjent ”som den er”-klausul så lenge forbeholdet viser til eiendommens generell tilstand etter at kjøper har vært på befaring.

Videre må man vurdere hvorvidt det mellom partene er avtalt en ”som den er”-klausul. Dette må i utgangspunktet bero på en konkret helhetsvurdering av avtalen. I tråd med avtalerettslige, ulovfestede prinsipper vil avtalens ordlyd være utgangspunktet for en slik vurdering. Vi så i avsnittet over at generelle forbehold kan utformes på mange måter og at dette er alminnelig akseptert. Per i dag fremstår ”som den er”-klausuler ved overdragelse av brukt eiendom snarere som en hovedregel enn et unntak. I følge rettspraksis er det påregnelig for alle parter at en slik klausul foreligger¹⁸, men at aktsomhetskravet til partene vil variere i lys av deres profesjonalitet. At klausulens ordlyd varierer kan således være av mindre betydning.

2.3 Spesifiserte forbehold

Et spesifisert forbehold har som siktemål å fraskrive selgeren ansvaret for en konkret svakhet eller omstendighet ved objektet. Et eksempel på dette kan være at selger er klar over at rørsystemet på eiendommen må skiftes ut på grunn av rust. Det vil da bli tatt et spesifisert forbehold om selger bestemmer seg for å opplyse potensielle kjøpere om dette, samtidig som han fraskriver seg ansvar for forholdet.

Etter prinsippet om avtalefrihet er det klart at to parter kan avtale at en gjenstand skal avvike fra normen i negativ retning. Dette fremgår også av avhl. § 3-1 da en mangel blant annet vurderes ut i fra ”[...] anna som følger av avtala”. Dermed vil en spesifikk mangel bedømmes etter den alminnelige mangelsbestemmelsen i § 3-1 og følgelig ikke gjennomgås i denne avhandlingen.

¹⁷ Rt. 2002 s. 1425

¹⁸ LB-2001-000237

3 Avhendingsloven § 3-9 – enkeltstående problemstillinger

3.1 Selgers opplysningsplikt og kjøpers undersøkelsesplikt - innledning

Det kan foreligge en mangel selv om eiendommen er solgt ”som den er” i henhold til § 3-9 1. Setning. Etter avhendingsloven § 3-9 1. setning vil en eiendom solgt ”som den er” ha en mangel dersom det foreligger opplysningssvikt fra selger jfr. §§ 3-7 og 3-8. Det stilles også krav til kjøpers kunnskap om eiendommen etter § 3-10. For å gi en helhetlig redegjørelse for mangelsvurderingen ved som den er-salg vil jeg her legge frem de krav som stilles til kjøper og selger.

3.1.1 Selgers plikt til å gi opplysninger om eiendommen - § 3-7

Det fremgår av forarbeidene at ”Departementet ser seljaren si opplysningsplikt som svært sentral ved avhending av fast eiendom¹⁹”. Det antydes med dette at selger tillegges et stort ansvar for skjulte feil og mangler ved en eiendom. Spørsmålet blir først hva som kreves for at det foreligger opplysningssvikt etter § 3-7.

Bestemmelsen i avhl. § 3-7 lyder:

”Eigedomen har mangel dersom kjøparen ikkje har fått opplysninger om omstende ved eigedomen som seljaren kjente eller måtte kjenne til, og som kjøparen hadde grunn til å rekne med å få. Dette gjeld likevel berre dersom ein kan gå ut i frå at det har verka inn på avtalen at opplysning ikkje vart gitt”

Det er etter lovens ordlyd i § 3-9 1. setning klart at en mangel etter § 3-7 slår igjennom ovenfor en ”som den er”-klausul hvis selger ikke har etterlevd sin plikt til å gi opplysninger om eiendommen. For at opplysningssvikt etter § 3-7 skal foreligge må imidlertid fire kumulative vilkår være oppfylt.

¹⁹ Ot.prp. nr. 66 (1990-1991) s. 88

For det første må det foreligge ”omstende”. Ordlyden er vag, men en naturlig forståelse av denne synes å omfatte ethvert forhold ved eiendommen. Bergsåker nevner for eksempel at private eller offentlig planer i et nabolag, kvalitet på drikkevannet og andre ting som fremstår som negative kvaliteter for en kjøper vil falle inn under vilkåret. I en dom fra 1999 ble lavt vanntrykk på badet i 2. etasje fremholdt som en omstendighet kjøper burde vært opplyst om. Vilrådets vide omfang fremgår også av at bestemmelsen ikke utelukkende begrenses til negative forhold ved eiendommen²⁰. Selger må eksempelvis redegjøre for hvordan strømføringen er lagt opp i leiligheten eller hvordan fyringsanlegget virker.

For det annet er det et vilkår at selgeren ”kjente eller måtte kjenne til” den aktuelle omstendighet. I NEBB-dommen fremgikk det at ”mangel kan [...] foreligge selv om det er helt på det rene og uomtvistet at selgeren ikke positivt hadde kunnskap om forholdet, men det er ikke tilstrekkelig at han burde kjent til det²¹”. Det er dermed ikke tilstrekkelig at selger burde visst om omstendigheten. Vilrådet er imidlertid oppfylt om ”omstendighetene viser at det ikke foreligger noen rimelig grunn til at selgeren ikke skulle kjenne til forholdet²²” jfr. Bergsåker. I tilfeller hvor det er flere selgere synes det å være tilstrekkelig at bare den ene ”kjente eller måtte kjenne til” omstendigheten²³ for at vilkåret er oppfylt.

For det tredje er det et vilkår at kjøperen hadde ”grunn til å rekne med å få” en opplysning. I dette ligger at omstendigheter som den jevne kjøper anser for å være negative, skal bli opplyst om fra selger²⁴. Om kjøper selv burde visst om det aktuelle forhold kan manglende opplysninger imidlertid neppe tale mot selger. Det fremgår allikevel av forarbeidene at det er bedre om selger opplyser om ”for mykje²⁵” enn for lite. Hvis det går klart frem av sammenhengen at en kjøper har spesielle forventninger

²⁰ Bergsåker s. 195

²¹ Rt. 2002 s. 696

²² Bergsåker s. 202

²³ Bergsåker s. 203

²⁴ Bergsåker s. 204

²⁵ Ot.prp. nr 66 (1990-91) s. 89

til eiendommen fremstår det dermed som naturlig at selger må formidle klar informasjon om denne spesielle forventningen.

Til slutt er det et vilkår at omstendighetene som selger burde opplyst om har ”verka inn på avtalen”. Vilkåret er også kjent som kausalitetskravet. Ordlyden tilsier kjøper måtte ha handlet annerledes om han kjente til omstendigheten. Den mest aktuelle følgen av at en omstendighet har innvirket på avtalen er at avtalen ikke ville blitt inngått, men det kan også tenkes at avtalen ville blitt revidert og dermed fått et annet innhold. I arealsviktdommen²⁶ var en leilighet betraktelig mindre enn den ble markedsført som i prospektet. Spørsmålet var om det forelå feilaktige opplysninger etter avhl. § 3-8. I dommen var kausalitetskravet oppfylt siden kjøper ikke ville inngått avtale om omstendighetene var klare for han. Bergsåker mener at det tilsvarende må gjelde for § 3-7²⁷. Dette fremstår som hensiktsmessig siden bestemmelsene har lignende kausalitetskrav.

På den annen side omfatter ikke kausalitetsvilkåret alle tenkelige feil som kan ha påvirket avtalen. Det vil i de fleste tilfeller være en eller annen uregelmessighet ved en brukt eiendom. I en dom fra 1997 var spørsmålet om selger ikke hadde etterlevd sin opplysningsplikt ved ikke å opplyse om tidligere vannskader på eiendommen, som igjen hadde realisert seg noen år etter overdragelsen. Retten foretok så en vurdering av utbedringskostnadenes forholdsmessighet. Utbedringskostnadene for skadene var ca. 1,6 % av kjøpesummen. I følge retten var dette ”så lite at kjennskap til situasjonen før avtaleinngåelsen neppe ville hatt noen innvirkning på avtalen²⁸”. Det synes etter dette å foreligge et krav om at mangelen må være av en viss størrelse, lik vurderingen som blir foretatt under prosentlæren senere i avhandlingen.

Spørsmålet blir imidlertid om andre rettskilder kan tale for at ”som den er”-klausuler allikevel kan innskrenke rekkevidden av selgers opplysningsplikt.

²⁶ Rt. 2003 s. 612

²⁷ Bergsåker s. 204

²⁸ LF-1997-00816

Rognlien støtter seg til lovens klare ordlyd når han sier at et ”som den er”-forbehold ikke ”endrer [...] selgerens plikt etter §§ 3-7 og 3-8 til å gi riktige opplysninger²⁹”.

Videre synes Bergsåker å dele Rognliens synspunkter når han sier selgerens plikt til å gi opplysninger etter § 3-7 ”er den samme selv om eiendommen er solgt ”som den er eller lignende³⁰”. Hagstrøm debatterer på sin side hvorvidt generelle forbehold i noen tilfeller har blitt benyttet som ”skalkeskjul for uhederlige forretningsmetoder” før han slår fast at ”alminnelige forbehold ikke beskytter debitor [selger] mot krav som bygger på uriktige opplysninger eller misligholdt opplysningsplikt³¹”.

Det synes etter dette å være en klar enighet i teorien om at selgers opplysningsplikt ikke påvirkes av et ”som den er”-forbehold. Jeg sier meg enig med overnevnte forfattere om at opplysningsplikten må være streng og inneha en trusselfunksjon som øyensynlig bidrar til lojalitet og redelighet mellom kjøper og selger i et avtaleforhold.

3.1.2 Plikten til å gi korrekte opplysninger etter avhendingsloven § 3-8

Avhendingsloven § 3-9 1. setning omfatter også selgers plikt til å gi korrekte opplysninger til kjøper etter avhl. § 3-8, i tillegg til opplysningsplikten som nevnt i punktet over. Bestemmelsene i §§ 3-7 og 3-8 kan fremstå som veldig like siden det å holde tilbake en opplysning og det å gi en feilaktig opplysning ofte glir over i hverandre. En klar forskjell på bestemmelsene er imidlertid at § 3-8 er objektiv slik at det ikke er krav om skyld fra selgeren. Spørsmålet blir så om en ”som den er”-klausulering kan innskrenke eller fjerne selgers plikt til å gi korrekte opplysninger.

Bestemmelsen lyder:

”Eigedomen har mangel dersom omstende ved eigedomen ikkje svarer til opplysninger som seljaren har gitt kjøparen. Den same gjeld dersom eigedomen ikkje svarer til opplysninger som er gitt i anonse, i salgsprospekt eller ved anna marknadsføring på vegne av seljaren. Fyste ledd gjeld likevel berre dersom ein

²⁹ Stein Rognlien, 1998, s. 81

³⁰ Bergsåker s. 170

³¹ Hagstrøm s. 329

kan gå ut i frå at opplysningane har verka inn på avtala, og opplysningane ikkje i tide er retta på ein tydeleg måte”.

Bestemmelsen er som nevnt objektiv og det kan statueres ”ein mangel etter § 3-9 sjølv om seljaren ikkje på noko vis kan klandrast for å ha gitt ei uriktig opplysning³²”. Den er vidare preseptorisk ved forbrukerkjøp jfr. § 1-2 (2). Ordlyden avgrensar ikkje mot at misvisende og salgsfremmende utsagn, som ikkje lever opp til kjøpers forventningar, kan medføre ansvar for selger. Dette støttes av forarbeidene hvor det fremgår at opplysninger som er ”presenterte på eit vis som leier til mistyding³³” kan medføre ansvar for selger.

Bestemmelsene i §§ 3-7 og 3-8 regulerer som nevnt i all hovudsak det samme: en plikt til å gi opplysninger som skal være riktige. I forarbeidene understrekes det at § 3-7 er ”i nær slekt med §3-8 om manglande opplysningar. Departementet gjer likevel framlegg om to separate paragrafer m.a for å understreke at seljaren har plikt til å gi både fullstendige og riktige opplysningar³⁴”. Lilleholt³⁵ mener vidare at grensen mellom de to bestemmelsene er vanskelig å oppdage, da eksempelvis ufullstendige opplysninger kan anføres etter begge bestemmelsene.

Siden vurderingstemaet for de to bestemmelsene er nært sagt identisk, sammenholdt med bestemmelsenes relative likhet, er det vanskelig å finne rettskilder som taler for at et ”som den er”-forbehold endrer partenes rettsstilling ved plikten til å gi korrekte opplysninger. Et ”som den er”-forbehold påvirker ikkje selgers plikt til å gi korrekte opplysninger.

³² Ot. prp. nr. 66 s. 90

³³ Ot.prp. nr. 66 s. 90

³⁴ Ot. Prp. nr. 66 s. 90

³⁵ Kåre Lilleholt, 2001, s. 135-136

3.1.3 Kjøpers undersøkelsesplikt – Avhendingsloven § 3-10

Avhendingsloven § 3-10 (1) 1. alternativ regulerer kjøpers mulighet til å gjøre gjeldende mangler han ”kjente” til. Regelen begrunnes med at det vil være urimelig om kjøper skal kunne påberope seg en mangel som han med sikkerhet var klar over. Etter § 3-10 (1) 2. alternativ kan en kjøper heller ikke gjøre gjeldende en mangel han ”måtte kjenne til”. Ordlyden er identisk med den i avhl. § 3-7 og vilkåret vil dermed være oppfylt om kjøper ikke har rimelig grunn til ikke å vite om omstendigheten. Kjøper mister også retten til å påberope seg en mangel etter bestemmelsens (2) om han har latt være å følge en oppfordring fra selger om å undersøke eiendommen og dermed ikke oppdaget en mangel som han ”burde vorte kjent med”.

Jeg vil her redegjøre for kjøpers undersøkelsesplikt og hva det forventes at kjøper bør være kjent med jfr. § 3-10 (2). Det er klart at kjøper har en undersøkelsesplikt om han blir oppfordret til dette av selger, med mindre han har rimelig grunn til å unnlate å besiktige eiendommen. Forarbeidene³⁶ nevner for eksempel at om en kjøper bor langt borte og at undersøkelse dermed vanskeliggjøres vil dette være rimelig grunn for å unnlate en besiktigelse. Spørsmål blir imidlertid om det også foreligger en generell undersøkelsesplikt for kjøper.

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier ikke at kjøper er pliktig til å undersøke eiendommen av eget initiativ.

I forarbeidene til avhendingsloven³⁷ drøfter departementet om det skal være en generell undersøkelsesplikt for kjøper før avtalen er inngått, i lys av kjøpslovens forarbeider³⁸. Siden en slik undersøkelsesplikt ikke ble vedtatt i kjøpsloven fant departementet at det ”heller ikkje ved avhending av fast eigedom bør innførast nokon generell plikt for kjøparen til å undersøkje eigedomen før avtale vert inngått³⁹”.

³⁶ Ot.prp. nr. 66 s. 94

³⁷ Ot.prp. nr. 66 s. 94

³⁸ Ot.prp. nr 80 (1986-1987) s. 63

³⁹ Ot.prp. nr. 66 s. 94

Hagstrøm taler på sin side forarbeidene i mot og antyder at en må forvente at en viss undersøkelsesplikt foreligger for kjøper siden ”det nok [er] sedvane å foreta forundersøkelser, da egenskapene ved de faste eiendommer varierer så sterkt innbyrdes⁴⁰”. Det uttrykkes dermed et ønske om å skyve en større del av ansvaret over på kjøper.

Bergsåker⁴¹ på sin side er på linje med forarbeidene da ”noen alminnelig plikt til besiktigelse ikke [kan] utledes av lovens ordlyd”. Bergsåker er med dette på linje med lovgiver og hensynet bak regelen. Dette taler for at det ikke foreligger en generell undersøkelsesplikt for kjøper.

Jeg antar i lys av forarbeidene og Bergsåker at det ikke foreligger en generell undersøkelsesplikt for kjøper jfr. avhendingsloven § 3-10 (2).

Etter avhl. § 3-10 (2) kan imidlertid ikke kjøper anføre en mangel han ”burde vorte kjent med” hvis han uten rimelig grunn har unnlatt å ”følge ei oppmodning fra seljaren om undersøking”. Det er med andre ord i selgers makt å påføre kjøper en undersøkelsesplikt.

Hvor god undersøkelse en kjøper har foretatt av eiendommen kan eksempelvis avgjøre hvilke krav som stilles til ham. Spørsmålet blir hva kjøper ”burde vorte kjent med” etter en undersøkelse.

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at de forventninger en har til kjøper må vurderes konkret. Under vil de mest nærliggende momentene bli gjennomgått. Listen er ikke uttømmende.

Et moment kan være besiktigelsens art. Ved en grundig besiktigelse av eiendommen er det grunn til å tro at kjøper lettere vil kunne oppdage feil enn ved en kortfattet

⁴⁰ Hagstrøm s. 333

⁴¹ Bergsåker s. 302

gjennomgang slik som er vanlig på for eksempel visning. Terskelen for hva kjøper burde vært kjent med senkes og heves dermed i tråd med kjøpers grundighet.

I en dom fra 1998⁴² belyses hva man kan forvente at kjøpers kjennskap til eiendommen etter en vanlig visningsbefaring. Saken gjaldt fuktskader på en eiendom. Selger anførte at ”problemet kunne ha blitt oppdaget på en enkel måte”. Retten fremholdt imidlertid at det ikke stilles ”nevneverdig strenge krav til hva det skal forventes at kjøper oppdager under visning”. Vi ser med andre ord at det stilles lave krav til kjøper når undersøkelsen ikke blir gjennomført på en grundig måte.

Et annet moment er hvilken kompetanse kjøper innehar. De individuelle forutsetningene til en kjøper er dermed av relevans for å avgjøre hva han burde oppdage av feil. Det fremgår eksempelvis av forarbeidene at ”når det derimot gjeld særleg kunnige kjøparar, må ein kunne krevje meir⁴³”. Det er naturlig å anta at kravene til kjøper senkes i et motsatt tilfelle. Vi ser med dette at retten må vurdere et hvert tilfelle konkret.

3.2 Har ”som den er”-klausuler betydning ved avhending av ny eiendom?

Som tidligere fastslått er det påregnelig for kjøpere at en brukt eiendom er solgt med et ”som den er”-forbehold, om ikke det foreligger konkrete holdepunkter som tilsier noe annet. Det er klart at slike forbehold innvirker på hvem av selger og kjøper som står nærmest til å bære risikoen for en mangel. Spørsmålet blir da om slike ansvarsfraskrivelser også kan ha betydning ved salg av en ny eiendom.

Etter prinsippet om avtalefrihet er det klart at man i en kontrakt kan innta forbehold som ikke er urimelige. Videre fremgår heller ingen begrensninger av lovens § 3-9 når det gjelder ”som den er”-klausulering ved nyere eiendommer.

I Buer-dommen⁴⁴ var spørsmålet om det forelå mangel ved en nyere lagerbygning. Saken gjaldt en nyere lagerbygning som kollapset på grunn av store snømengder på

⁴² LF-1997-1036

⁴³ Ot.prp. nr. 66 s. 95

⁴⁴ Rt. 1982 s. 1357

taket, hvorpå kjøper saksøkte selger. Den ankende part anførte at en ansvarsfraskrivelse bare gjelder eldre bygninger, men retten indikerte at den også gjaldt ”i forhold til [den nyere] lagerbygningen” ved ”vanlige” mangler.

Hagstrøm⁴⁵ betegner dommen som ”lite opplysende” da det ”dreide seg om et nybygg med grove mangler det ville være urimelig at selgeren, som hadde stått for oppførselen, ikke hadde risikoen for”. Man kan tolke uttalelsene dit hen at Hagstrøm ikke anerkjenner ”som den er”-klausuler ved nybygg.

I teorien finner man imidlertid også støtte for overnevnte domsslutning. Bergsåker sier at ”som den er”-klausuler kan ha betydning når det gjelder nyere næringsbygg, men at slike klausuler ikke kan benyttes ”ved nye bolig- og fritidseiendommer”⁴⁶.

Hva næringsbygg angår er det grunn til å tro at partene som en hovedregel vil være profesjonelle. I slike tilfeller er det logisk at prinsippet om avtalefrihet holdes i hevd og at selger dermed kan avtale generelle ansvarsfraskrivelser. Logisk nok er situasjonen den motsatte når det er snakk om privatboliger hvor partene i mange tilfeller er lekmenn. Slik jeg ser det kan generelle forbehold dermed bare benyttes ved nyere næringsbygg.

3.3 Har avtaleloven § 36 virkning overfor ansvarsfraskrivelser ved eiendomsoverdragelse?

Avhendingsloven § 3-9 kan medføre at generelle forbehold ikke får virkning slik at selger fritas for alle mangelskrav. Også etter generalklausulen i avtalelovens § 36⁴⁷ kan en avtale ”helt eller delvis settes til side eller endres”. Spørsmålet blir da om dette også har selvstendig betydning ved ansvarsfraskrivelser av typen ”som den er” jfr. § 3-9.

Etter avhendingsloven § 3-9 må mangler som innskrenker ”som den er”-forbeholdets rekkevidde foreligge på kjøpstidspunktet. I følge avtalelovens § 36 kan man imidlertid

⁴⁵ Hagstrøm s. 245

⁴⁶ Bergsåker (2003) s. 186 og 191

⁴⁷ Lov av 31. mai 1918 nr. 4

vurdere avtalens gyldighet og omfang ved å vektlegge ”senere inntrådte forhold”. Vi ser med andre ord at generalklausulen i avtl. § 36 har et videre anvendelsesområde enn avhl. § 3-9.

Generalklausulen i avtl. § 36 regulerer avtaler på hele det privatrettslige område. Det foreligger således ingen holdepunkter for at ”som den er”-klausuler i avhendingsloven holdes utenfor dens rekkevidde. Dette underbygges av forarbeidene⁴⁸ der avtl. § 36 fremholdes som en ”ein skranke” i de tilfeller der et forbehold fra selgers side vil få ”vidtrekkjande konsekvensar”.

På den annen side uttales det i forarbeidene til avhl. § 3-9 at ”som den er”-klausuler allikevel vil ”gå klår” av generalklausulen i § 36. Dette begrunnes med at slike ansvarsfraskrivelser ”ofte vil bli tolka innskrenkande”⁴⁹. Rettsanvender gis med dette beskjed om at man heller tolker et forbehold som er åpenbart urimelig innskrenkende istedenfor å bruke avtl. § 36 som et sikkerhetsnett i tilfeller av ”som den er”-klausuler etter § 3-9.

4 Vesentlighetskriteriet

4.1 Innledning

Ved bruk av ”som den er”-klausuler er utgangspunktet at kjøper får hele risikoen for eventuelle mangler. Bestemmelsen i § 3-9 2. setning oppstiller imidlertid en begrensning i retten til ansvarsfraskrivelse da en eiendom solgt med en ansvarsfraskrivelse allikevel har en mangel dersom den er i ”vesentlig dårligere stand ”enn kjøper ”hadde grunn til å regne med”. Dette betyr at eiendommen må leve opp til kjøpers berettigede forventninger, i lys terskelforhøyningen etter § 3-9 2. setning.

⁴⁸ Ot. Prp. Nr 66 (1990-1991) s. 92

⁴⁹ Ot. Prp. Nr 66 (1990-1991) s. 92

Bestemmelsen begrenser dermed rekkevidden av ansvarsfraskrivelser. For å understreke dette har regelen i teorien blitt kalt ”sikkerhetsnett-regelen”⁵⁰.

Ved vurderingen om hva kjøper ”har grunn til å regne med” sier loven at man skal ta hensyn til ”kjøpesummen” og ”tilhøva elles”. Momentet kjøpesummen gjennomgås under. Ordlyden ”tilhøva elles” er vag. I Bukkebo-dommen⁵¹ innebar dette at retten foretok en skjønnsmessig helhetsvurdering. En slik vid tolkning av begrepet har også blitt fulgt i senere dommer⁵².

Man skal altså avklare hvilke berettigede forventninger en kjøper har til eiendommen, i lys av kjøpesum og forholdene ellers, for så å avgjøre om avviket er vesentlig. Hva den enkelte kjøper ser for seg er etter dette ikke avgjørende. Dette taler for at en vesentlighetsvurdering må være objektiv. Dette støttes i en domsavsigelse av lagmannsretten⁵³. Retten bemerket her at ”hva kjøperen selv faktisk regnet med [...] ikke [er] det avgjørende etter § 3-9”. Det ble videre fremholdt at en vurdering etter § 3-9 må foretas ”ut fra en objektiv målestokk”.

4.2 Forholdet mellom § 3-1 og § 3-9 – mangelsvurderingen

Hovedregelen for når mangel foreligger etter avhendingsloven fremgår av § 3-1. Eiendommen må etter dette være i samsvar med den ”kvalitet, utrustning og anna som følger av avtala”. Eiendommen må med andre ord avvike fra den inngåtte avtalen for at det skal kunne foreligge en mangel. Vurderingen beror i utgangspunktet på avtaletolkning. Dersom avtalen ikke regulerer spørsmålet faller man tilbake på hovedregelen om kravet til ”vanlig god vare”⁵⁴. Dette innebærer at man foretar en vurdering av hvorvidt eiendommen lever opp til de forventede kvaliteter kjøperen hadde grunn til å regne med og at det vil foreligge en mangel om disse forventningene ikke er oppfylt.

⁵⁰ Krüger (2003) s. 244

⁵¹ Rt. 2002 s. 1425

⁵² Rt. 2007 s. 1587 og Rt. 2010 s. 103

⁵³ Le. 2001 s. 653

⁵⁴ Rt. 1998 s. 774 (Videospillerdommen)

Mangelsvurderingen etter § 3-9 er med andre ord et unntak som bare blir aktuelt i de tilfeller eiendommen er solgt med en ”som den er”-klausul. Som nevnt tidligere i oppgaven er selgeren i prinsippet uten ansvar for skjulte feil og mangler og partene har dermed i tråd med avtalefriheten avtalt seg bort fra hovedregelen i avhl. § 3-1. Hvorvidt det foreligger en mangel må da vurderes etter § 3-9 som innskrenker rekkevidden av ”som den er”-klausuler i avtaleforhold.

Vurderingen etter § 3-9 ligner den vurderingen en foretar etter hovedregelen i § 3-1. Kjøpesum, opplysninger i takst, prospekt og lignende vil være momenter i vurderingen når man avgjør hva kjøper hadde ”grunn til å regne med”. Forskjellen mellom bestemmelsene er at vurderingen etter § 3-9 er todelt. Når en har avgjort hva kjøper hadde grunn til å regne med må man avgjøre om eiendommens kvaliteter avviker ”vesentleg” fra dette. Det er her forskjellen mellom de to bestemmelsene i all hovedsak ligger. Lovgiver har gjennom uttrykket ”vesentlig” satt terskelen høyere for å statuere en mangel i de tilfeller det foreligger en ansvarsfraskrivelse fra selgers side, i motsetning til ved en vanlig mangelsdrøftelse etter hovedregelen.

Tolkningsresultater etter rettspraksis om § 3-1 kan imidlertid være relevante ved tolkning av § 3-9. I en dom fra 2001⁵⁵ fremholdt lagmannsretten at ”vurderingen etter avhendingsloven § 3-9 er den samme skjønnsmessige totalvurderingen av avtaleforholdet som etter avhendingsloven § 3-1 [...]”. Dette betyr i realiteten at vurderingen om hva kjøper har ”grunn til å regne med” i all hovedsak de samme vurderingstema som i § 3-1 og dermed kan rettspraksis som omhandler hovedregelen i § 3-1 også være relevant når jeg i denne oppgaven vil ta for meg hva kjøper hadde ”grunn til å regne med” etter § 3-9 2. setning.

⁵⁵ RG. 2001 s. 56

4.3 Kjøpesummen

4.3.1 Hvilken sum skal legges til grunn? Utropspris eller kontraktssum.

Det fremgår direkte av lovteksten at ”kjøpesummen” må vurderes som moment i vesentlighetsvurderingen. En naturlig forståelse av ordlyden ”kjøpesummen” tilsier at det her vil være tale om kontraktssummen. Det fremgår imidlertid av juridisk teori at utropsprisen bør legges til grunn ved vesentlighetsvurderingen. Spørsmålet blir da om man skal ta utgangspunkt i kontraktssum eller utropspris.

Med utropspris menes selgers prisantydning. Det argumenteres med at utropsprisen skal legges til grunn fordi en konkurransedrevet kontraktssum kan være med på å skape for høye forventninger for kjøper til boligens kvalitet jfr. Bergsåker⁵⁶. Bergsåker finner støtte for sitt syn i forarbeidene til regler for auksjonssalg av løsøre i regjeringen. Her tar justisdepartementet til orde for at man ”skal ta omsyn til utropsprisen og ikke kjøpesummen”⁵⁷.

Stortinget valgte imidlertid å se bort i fra departementets innstilling på grunn av utropsprisens ”uklar[e] rolle” og fordi det vil være vanskelig å ”finne tilbake til en utropspris” etter en auksjon. Lovgiver virker med dette å legge seg på en mer praktisk linje slik at det man betaler er det man får.

Rettspraksis synes å være på linje med lovgiver i at avtalesummen er den som må legges til grunn. I en dom fra lagmannsretten ønsket den ene parten at man skulle ta hensyn til prisstigning når man vurderte hvilken sum som skulle ses hen til i en vesentlighetsvurdering etter § 3-9 2. setning. Retten fremholdt imidlertid at det er ”salgssummen” man skal legge til grunn⁵⁸.

Ved å legge utropspris til grunn i vesentlighetsvurderingen vil man gi selger uforholdsmessig mye kontroll over situasjonen. På hvilke nivå man setter prisantydningen kan avgjøre om man får få eller mange interessenter til å se på boligen.

⁵⁶ Bergsåker (2003) s. 271

⁵⁷ Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 62

⁵⁸ Rg. 2003 s. 1513

Det ligger med andre ord et markedsføringselement i salgssummen. Vurderingen om en prisantydning er satt alt for lavt vil være like vanskelig som vurderingen om en konkurransedrevet budgivning har gitt en for høy kontraktssum. Det synes med dette å være mest naturlig å legge til grunn at kontraktssummen skal være gjeldende. Ved denne fremgangsmåten får vi vite hva markedet føler at boligen er verdt.

Etter dette må kontraktssummen legges til grunn ved vesentlighetsvurderingen

4.3.2 Kjøpesummens betydning

Spørsmålet blir så hvilken betydning kjøpesummen har i vesentlighetsvurderingen. Det er en allmenn oppfatning av en høy kjøpesum medfører at et kjøpsobjekt er av høy kvalitet og det motsatte ved en lav kjøpesum. Satt med andre ord er kjøpesummen en kvalitetsindikator.

På den annen side er forholdene ved en eiendom ytterst mer komplekse enn eksempelvis om skinnkvaliteten på et par vintersko er god eller dårlig. Hvis man tar for seg eksempelet om skinnsko så er dette som oftest en masseprodusert vare. Her vil en høyere pris tale for at kvaliteten faktisk er bedre. Prisen på en eiendom på den annen side er ikke bare basert på for eksempel et bygg. Eiendommens beliggenhet er per i dag for en stor del bestemmende for prissettingen. Et felleferdig hus med strandlinje i nærheten av Oslo vil kunne koste 20 millioner kroner på grunn av eiendommens sjeldenhet. En tilsvarende eiendom i en fraflytningstruet fjordarm på vestlandet vil på den annen side kunne bli solgt for en brøkdel av prisen⁵⁹.

Kjøpesummens størrelse vil etter dette isolert sett ikke kunne fungere som sammenligningsgrunnlag hvis de eiendommene man ønsker å sammenligne ligger i totalt forskjellige kjøpermarkeder.

Hvis eiendommene på den annen side besitter de samme kvaliteter og befinner seg i lignende markeder vil kjøpesummen kunne indikere hva en kjøper har grunn til å regne

⁵⁹ Anderssen s. 48

med. Har kjøper betalt vesentlig mindre enn det normale for en eiendom skal hans forventninger senkes i tråd med summen. Videre vil feil og mangler da være påregnelig. I en domsavsigelse fra lagmannsretten var det avhendet en bolig med god beliggenhet i et høypriset strøk. I tillegg til at flere åpenbare mangler var synlige ved besiktigelse og opplyst om i takst lå prisen ”klart adskillig lavere enn prisen på et tilsvarende hus i førsteklasses stand”⁶⁰. Det var klart for retten at kjøperne måtte regne med store utgifter til rehabilitering.

Kontraktssummen er etter dette et viktig argument i vurderingen om hva kjøper har ”grunn til å forvente”.

4.4 Forholdet mellom kjøpesum og utbedringskostnader

4.4.1 Innledning

Avhendingsloven § 3-1 (1) angir den alminnelige mangelsregelen. Hvis eiendommen ikke innehar de kvaliteter en kjøper kan forvente vil det da normalt foreligge en mangel. Etter lovens § 3-9 2. setning om når det foreligger mangel ved ”som den er”-klausuleringer kreves det imidlertid mer. Spørsmålet blir om hva som skal til for at det skal foreligge et ”vesentleg” avvik fra kjøpers forventning og dermed en mangel ved eiendommen.

Ordlyden ”vesentlig” tilsier at vi har med en skjønnsmessig vurdering å gjøre. En naturlig måte å tolke det på må være at avviket mellom kjøpers forventninger og eiendommens tilstand må være markant. Forarbeidene gir videre en viss anvisning i hva som ligger i begrepet da ”[...] misforholdet mellom tingens tilstand og det kjøper kunne rekne med, må være utvilsomt”⁶¹. Det tilsier at terskelen for at vesentlighetskravet skal være oppfylt etter § 3-9 2. setning er høy.

⁶⁰ Rg. 1999 s. 1341

⁶¹ Ot.prp.nr. 66 (1990-1991) s. 92

Jeg vil i det følgende redegjøre for hva rettspraksis anser for å være ”vesentleg” dårligere enn det kjøper hadde grunn til å regne med.

4.4.2 Kan en tallmessig vurderingsgrense avgjøre hva som er vesentlig – ”prosentlæren”

Rikholdig rettspraksis avhendingsrettens område har benyttet seg av den såkalte ”prosentlæren” ved mangelsvurderinger etter avhl. § 3-9 2. setning. Bestemmelsens ordlyd og forarbeider⁶² antyder at man skal foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering, men retten har allikevel gitt uttrykk for at utbedringskostnadenes prosentvise andel av kjøpesummen kan bestemme om vi har med et vesentlig forhold å gjøre. Prosentlæren innebærer med andre ord at hvis reparasjonskostnadene overstiger en viss prosentandel av kjøpesummen vil det foreligge en vesentlig mangel.

I en lagmannsrettavgjørelse fra 1999 foretok domstolen en utregning av utbedringskostnadene holdt opp i mot eiendommens kjøpesum. Mangelen utgjorde reparasjonskostnader pålydende 17 % av kjøpesummen og var i følge retten ”utvilsomt i vesentlig dårligere stand enn [kjøper] hadde grunn til å regne med ut fra kjøpesummen og forholdene ellers⁶³”.

I en annen lagmannsrettavgjørelse ble en tilsvarende vurdering foretatt. Reparasjonskostnadene var 10 % av kjøpesummen og retten uttalte da at ”vesentlighetskravet i avhendingsloven § 3-9 anses tilfredsstilt [...]”⁶⁴. Lignende vurderinger ble også foretatt ellers i rettspraksis⁶⁵. Det virket å være stor enighet at hvis reparasjonskostnadene oversteg en viss prosentandel av kjøpesummen var vesentlighetskravet oppfylt.

Som nevnt over tilsier imidlertid lovens ordlyd og forarbeider at det ved vesentlighetsvurderingen må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering. I

⁶² Ot.prp.nr. 66 (1990-1991) s. 92

⁶³ LB-1999-00120

⁶⁴ RG-1998 s. 155

⁶⁵ Se f.eks LF-1997-00816, LB-1999-01911 & RG-1997-00235

Bukkebodommen⁶⁶ fra 2002 utgjorde utbedringskostnadene 6% av kjøpesummen og 7 % av taksten. Retten uttalte at dette kan ”rent kvantitativt [...] utvilsomt være tilstrekkelig til at en feil anses som vesentlig. Men en slik kvantitativ betraktning har i seg selv liten betydning i vår sak; man må ut fra de konkrete forholdene se på hva kjøperne hadde grunn til å regne med”.

Bukkebodommen slår med dette fast at prosentlæren ikke alene kan avgjøre om det foreligger en vesentlig mangel. Dette utgangspunktet har også blitt fulgt opp i nyere rettspraksis⁶⁷ og man dermed med sikkerhet fastslå at prosentlæren ikke alene kan bestemme at en mangel er vesentlig.

Dette betyr imidlertid ikke at prosentlæren er uten betydning. Juridisk teori tar til orde for at kostnader på rundt 3-4 prosent eller mer av kjøpesummen ”er kvantitativt tilstrekkelig til at vesentlighetskriteriet kan være oppfylt⁶⁸” og at bare unntakstilfeller er godkjent grunn til å fravike prosentlæren.

I Rt. 2010 s. 103 uttaler retten på den annen side, under henvisning til Bukkebodommen, at ”forholdet mellom kjøpesummen og størrelsen på kostnadene til å utbedre feilene [kan] gi en viss veiledning” om hva kjøperne hadde grunn til å regne med. Dommen følger dermed linjen til den rettspraksis som allerede foreligger. Prosentlæren fremstår med dette mer som et enkeltstående moment i en helhetsvurdering.

Visse betenkeligheter kan dog oppstå når en benytter seg av prosentlæren som moment i en helhetsvurdering. Når kjøpesummen er høy vil utbedringer utgjøre en lavere prosentandel enn når kjøpesummen er lav. En rigid prosentgrense vil dermed slå uheldig ut for de som har kjøpt en eiendom hvor det oppdages mangler, i et område der boligprisene er lave. At prisen er lav trenger ikke nødvendigvis å bety at eiendommen er av lav kvalitet, men heller at den eksempelvis er befinner seg lavprismarked contra et høyprismarkedet.

⁶⁶ Rt. 2002 s. 1425

⁶⁷ Rt. 2007 s. 1587 (avvisningsrettsdommen) & Rt. 2010 s. 103

⁶⁸ Bergsåker s. 178

Det er etter klart at prosentlæren fremdeles kan spille en viktig rolle som moment i en helhetsvurdering, gitt at hver sak vurderes konkret.

4.4.3 Hva er så den prosentuelle grensen?

I punkt 4.9 ble det vist til flere avgjørelser fra lagmannsretten hvor det fremgikk store variasjoner for hvor den kvantitative grensen ble satt for at vesentlighetskriteriet skulle være oppfylt. Fra og med Bukkebdommen i 2002 har man imidlertid fått flere Høyesterettsavgjørelser som i lys av sin rettskildetyngde vil være med på å sette en tydeligere prosentuell grense. Jeg vil her gjennomgå hva Høyesterett og juridisk teori mener er den kvantitative grensen for når vesentlighetskriteriet kan sies å være oppfylt. Det forutsettes i det følgende at prosentlæren er et moment i en helhetsvurdering i tråd med prejudikatsverdien i Bukkebdommen.

Innen den juridiske teorien har det hersket en viss uenig om hvor grensen skal ligge. Dette kan ha sammenheng med at både prosentlæren er relativ ny og at det har vært en viss utvikling innen rettspraksis de siste 10 årene.

Martinussen kan sies å skille seg ut fra de andre ved å ta utgangspunkt i Bukkebdommen. I dommen var prosentlæren utvilsomt oppfylt når utbedringskostnadene utgjorde 11 %. Martinussen legger seg på dette nivået og mener at ”noe mindre avvik enn dette går inn under regelen⁶⁹”. Bergsåker⁷⁰ legger seg i motsatt retning og tar til orde for at utbedringskostnader på 3-4 % av kjøpesummen vil være tilstrekkelig for at vesentlighetskriteriet er oppfylt. Anderssen⁷¹ mener imidlertid at den nedre grensen i det minste vil være 5 % av kjøpesummen.

Bukkebdommen gjaldt flere feil hvor utbedringskostnadene tilsammen utgjorde 11 % av kjøpesummen. Det påpekes imidlertid også at den ene av feilene, ved vestveggen, utgjør 6-7 %. Det fremheves at ”rent kvalitativt kan dette utvilsomt være tilstrekkelig til

⁶⁹ Martinussen s. 141

⁷⁰ Bergsåker s. 178

⁷¹ Anderssen s. 72

at en feil anses som vesentlig”. Dommen setter med dette ingen utvilsom nedre grense for hva som er det kvantitative kravet.

I avvisningsrettsdommen⁷² anfører den ankende part at utbedringskostnader på 3,36 % medfører at vesentlighetskriteriet er oppfylt, noe retten sier seg enig i. Det påpekes imidlertid at en slik kvantitetsgrense ikke er ment å gjelde i alle tilfeller. Det dreide seg her om en ”nesten ny leilighet av høy standard”. Dette taler for at den nedre grensen for når vesentlighetskriteriet kvantitativt er oppfylt er lavere når eiendommen er ny, og at forventet standard fra kjøper også påvirker hvor lavt grensen går.

I den nyeste Høyesterettsdommen fra 2010⁷³ utgjorde utbedringskostnadene 3,36 % av kjøpesummen. Retten tar for seg de to overnevnte dommene og viser til at forskjellen ligger i hva en kan forvente av ”boligens karakter og standard”. I denne saken var det tale om et eldre hus med en annen byggeskikk enn i avvisningsdommen, utbedringskostnadene må derfor ”ligge i den øvre delen av dette spennet”.

Det synes etter dette mest hensiktsmessig å vektlegge Høyesterettspraksis tyngre enn juridisk teori når det gjelder fastsettelse av når vesentlighetskriteriet kvantitativt er oppfylt. Hvorvidt det foreligger en fastsatt nedre terskel for når dette er oppfylt fremstår imidlertid som usikkert. I dommen fra 2010 fremheves det at en må vurdere hver sak konkret, i lys av blant annet boligens karakter og standard. Når det er tale om en ny bolig med høy standard virker en reparasjonskostnad på mellom 3 og 4 prosent av kjøpesummen å være nok til å oppfylle vesentlighetskriteriet. Ved mer ordinære eiendommer fremstår det som mer realistisk at tallet nok plasseres et sted mellom 5 og 6 % av kjøpesummen.

⁷² Rt. 2007 s. 1587

⁷³ Rt. 2010 s.103

4.5 "Tilhøva elles"

4.5.1 Innledning

Ved vesentlighetsvurderingen skal man i tillegg til kjøpesummen også ta for seg "tilhøva elles". Begrepet er vidt og kan favne om de fleste forhold som kan være med på å påvirke kjøpers forventninger til en bolig.

Vesentlighetsvurderingen er i utgangspunktet objektiv. I dette ligger det at forholdene som drøftes ikke er tilknyttet partenes forhold. I en dom avsagt av Høyesterett i 1998 ble spørsmålet om en mangel var vesentlig avgjort etter ulovfestet rett. Det ble fremholdt at "det sentrale moment i vurderingen er det objektive avviket fra kontraktsmessig oppfyllelse"⁷⁴.

Subjektive forhold har allikevel vist seg å spille en rolle som vi skal se i rettspraksis. Med subjektive forhold menes "partenes individuelle forhold og for det annet forhold som kan bebreides partene"⁷⁵. I det følgende vil jeg gjennomgå forskjellige objektive og subjektive momenter punktvis. Listen tar utgangspunkt i de vanligste momentene benyttet i rettspraksis og juridisk teori. Listen kan imidlertid ikke sies å være uttømmende da hver sak må vurderes konkret.

4.5.2 De objektive forhold

4.5.2.1 Boligens alder

Eiendommens alder er et sentralt moment i vesentlighetsvurderingen. Det er klart at en eiendom vil bli utsatt for slitasje både ved bruk, generell forvitring av materialer og klimatiske forhold. En kjøper må regne med at det foreligger en kvalitetsforskjellen mellom et fem år gammelt hus og et 50 år gammelt hus. Sannsynligheten for at en

⁷⁴ Rt. 1998 s.1510

⁷⁵ Anderssen s. 58

mangel kan oppstå blir dermed mer påregnelig etter hvert som boligens alder øker, på samme måte som at en mangel er mindre påregnelig ved nyere eiendommer.

I en dom fra 2001 ble det anført at det forelå flere mangler ved en eiendom som var solgt med et ”som den er”-forbehold. Når lagmannsretten gikk gjennom anførslene ble det i vurderingen tillagt stor vekt at huset var 70 år gammelt: ”Kjøperne må da regne med at det foreligger enkelte feil og mangler, både synlige og skjulte⁷⁶”. I en Norumdommen fra 2003⁷⁷ ble dette fulgt opp. Salget av en hundre år gammel næringseiendom var gjennomført med en ”som den er”-klausul. I tillegg til alderen var eiendommen åpenbart nedslitt og det må fremstå som klart for kjøper at han ikke kunne regne med at den var i topp stand. Det klare standpunkt i de to overnevnte dommer var dermed at kjøpers forventninger må senkes i tråd med eiendommens alder.

I avvisningsrettsdommen⁷⁸ fra 2007 var det tale om en nyere eiendom med et vannlekkasjeproblem. Høyesterett fremholdt at siden leiligheten var nesten ny og gjennomgående av høy standard må det være ”uakseptabel[t]” med sprekker i taket og et påfølgende vannlekkasjeproblem. At eiendommen her var av nyere dato talte med andre ord sterkt for at kjøpers forventninger til eiendommen heves.

Kjøper aksepterer i utgangspunktet å ta en viss risiko når han kjøper en brukt eiendom. Når han i tillegg kjøper en brukt eiendom som er gammel og fremstår som slitt skal det enda mer til før den anses for å være vesentlig dårligere enn kjøper hadde grunn til å regne med. Det er dermed klart at kjøpers forventninger er avhengig av eiendommens alder.

4.5.2.2 Bygningens karakter - slitasje

Hvordan eiendommen er vedlikeholdt er i følge rettspraksis et moment i vurderingen om hva kjøper har grunn til å regne med. I utgangspunktet er det da selve bebyggelsen på eiendommen man sikter til. Kjøpers forventninger til eiendommen vil senkes i tråd

⁷⁶ Rg. 2001 s. 643

⁷⁷ Rg. 2003 s. 718

⁷⁸ Rt. 2007 s. 1587

med kvaliteten. Fremstår boligen som slitt og bærer preg av mangel på vedlikehold vil kjøpers forventninger senkes og at mangler oppstår vil dermed være påregnelig. Det skal i slike tilfeller ”meget til for at eiendommen kan sies å være ”vesentlig” dårligere enn kjøperen hadde grunn til å regne med”⁷⁹. Det motsatte vil være tilfelle om boligen fremstår som godt vedlikeholdt.

Norumdommen⁸⁰ omhandlet et 100 år gammelt næringsbygg som var delvis nedslitt. Det fremgikk at kjøper hadde besiktiget eiendommen både alene og sammen med fagkyndige, og dermed var klar over at eiendommen trengte rehabilitering. Det ble blant annet anført av kjøper at selger burde informert om at fasaden på bygget ikke var jevnlig vedlikeholdt. Retten sa imidlertid at ”de [fasadene] talte for seg selv”. Underforstått var slitasje på eiendommen en indikator på at kjøper ikke skal ha høye krav til hva han regner med å få ved kjøpet.

I en dom fra 2006 var spørsmålet om vanninntrengning i kjelleren på et hus var en mangel etter avhl. § 3-9. Retten fremhevet boligens ”synbar[e] tilstand” som moment i en helhetsvurdering. Videre sa de at: ”bærer boligen preg av mangelfullt vedlikehold kan dette være en indikator på at det også må forventes skjulte mangler”⁸¹. Vi ser med dette at slitasje som moment kan være med på å indikere hva kjøper har grunn til å forvente, og at terskelen for at en mangel er vesentlig heves i de tilfeller hvor eiendommen er dårlig vedlikeholdt.

4.5.2.3 Byggeskikk

Videre er det et moment i hvilken grad eiendommen er bygget i tråd med den byggeskikk som forelå på oppføringstidspunktet. Byggeskikk er et begrep som henviser til måter å bygge hus på. Et typisk eksempel kan være murvillabebyggelse i et avgrenset område av en by. Slike bygninger var vanlig å oppføre på begynnelsen av 1900-tallet. Et annet velkjent eksempel kan være den hanseatiske trebebyggelsen i Bergen sentrum (bryggen). Hvis byggeskikken på en eiendom er i tråd med sammenlignbare

⁷⁹ Anderssen s. 54-55

⁸⁰ Rg. 2003 s.718

⁸¹ Lg. 2006-148629

eiendommer i sin nærhet eller fra sin oppføringsperiode skal det mer til for at det skal foreligge en mangel. Det kjøper har grunn til å regne med hva eiendommens oppføring angår må vurderes etter oppføringstidspunktet og den byggeskikk som ble praktisert på den tiden. I en dom fra 2004⁸² het det at ”et hus fra 1920-30 tallet, som bygningsmessig og ellers er i tråd med den en kan forvente fra perioden, vil ikke ha en mangel etter avhl § 3-9”.

I en dom fra 2007 hevdet kjøper at det forelå flere byggt tekniske mangler i form av blant annet at svillen var anlagt på kiler på murkronen, som igjen kan føre til fukt og dermed utgjorde en mangel etter avhl. § 3-9⁸³. Dette ble avfeid av retten da ”bygget er oppført etter gjeldende regler og byggeskikk i 1978, og det er ikke godtgjort at denne konstruksjonen etter dagjeldende regelverk utgjør noen mangel”.

Videre følges dette opp i en lagmannsrettsdom som omhandlet et murbygg fra 1882⁸⁴. Kjøper anførte at fuktskader måtte utgjøre en mangel etter § 3-9. Retten var uenig i dette og hevdet at ”lekkasjer og kondens er påregnelig ved kjøp av så gamle hus som er oppført etter datidens byggeskikk”. Vi ser med dette at boligens alder og byggeskikk henger sammen. Kravene til oppføring av eiendom har økt i tråd med samfunnsutviklingen og kjøpere av brukt eiendom må derfor ha i bakhodet under hvilke forhold deres brukte eiendom ble oppført. Domstolene virker etter dette å være konsekvent i sin praksis. Så lenge eiendommene er oppført etter de forskrifter som gjelder det året de ble bygget taler dette sterkt i mot at kjøper kan påberope aktuelle mangler.

4.5.2.4 Opplysninger gitt av selger forut for kjøpet

Salgsoppgaven og rapport fra takstmann vil være med på å indikere hvilke kvaliteter eiendommen både har og ikke har. Hvilke opplysninger selger gir om eiendommen kan med andre ord være av betydning når en vurderer hva kjøper hadde grunn til å regne med.

⁸² RG. 2004 s. 357

⁸³ LH. 2007-028395

⁸⁴ LB-2007-122535

En selger vil ofte legge store ressurser i at salgsoppgaven fremstår som attraktiv og dermed tiltrekker seg mange interessenter. I en dom fra 2006⁸⁵ vektla lagmannsretten ”den ukritiske bruken av uttrykk som ”høy standard” i markedsføringen” når de tilkjente kjøper av en brukt eiendom prisavslag. Fraser som ”høy standard”, ”høy kvalitet” og lignende er klassiske markedsføringstriks i en salgsoppgave som vil øke kjøpers forventninger til eiendommen. Utfordringen for selger av en brukt bolig vil dermed være å markedsføre på en slik måte at det ikke oppstår et misforhold mellom de kvaliteter eiendommen innehar og kjøpers forventninger til eiendommen.

Hvordan boligen er markedsført må allikevel ses i sammenheng med boligens alder og de øvrige forhold. I en dom fra 2007⁸⁶ var spørsmålet om kjøperne av en eiendom hadde krav på prisavslag. Problemet var at en nedgravd oljetank i kjelleren trengte utskiftning, noe som ville medføre en betydelig utgift. Det ble anført av ankende part (kjøper) at eiendommen ble markedsført som ”meget pen og velholdt” samt at den holdt en høy prisklasse. Retten var imidlertid klar på at selv om eiendommen var markedsført på denne måten kan ikke kjøper ha forventninger om at en hver bestanddel er feilfri. Boligen var oppført i 1953 og ingenting tilsa at tanken hadde blitt byttet ut i perioden frem til kjøperne overtok eiendommen. Det måtte da være påregnelig at ”skifte av tank var nært forestående”.

I tilfeller hvor en eiendom blir markedsført som et ”oppussingsprosjekt” eller lignende er terskelen høy for at eiendommen er i vesentlig dårligere stand enn hva kjøper hadde grunn til å regne med. I en dom fra 2006⁸⁷ fremgikk det av salgsoppgaven at ”fullstendig rehabilitering må påregnes”. Lagmannsretten påpeker at kjøper allerede her må være forberedt på skjulte feil og mangler. I tillegg fremgikk det av taksten at det var påvist både fukt- og råteskader, hvilket ytterligere øker sannsynligheten for skjulte mangler. Vi ser her at tilstandsrapport, takst eller boligsalgsrapport også kan vise at det er foretatt fradrag for utidsmessighet, elde og slitasje. I slike tilfeller bør kjøpers

⁸⁵ LA. 2005-176497

⁸⁶ LB. 2006-75433

⁸⁷ LB. 2005-048518

forventninger til eiendommens kvaliteter senkes jfr. Rettspraksis⁸⁸. På den annen side bør kjøpers forventninger økes hvis fradraget i forhold til kjøpesummen er lite⁸⁹.

Også andre opplysninger gitt av selger til kjøper kan være relevant. Hvis selger antyder at det kan foreligge en viss type mangel ved eiendommen og kjøper senere oppdager denne typen mangel, skal det mer til for at vesentlighetskravet er oppfylt. I en dom fra 2007⁹⁰ ble det opplyst om at takshingelens levetid var 20-30 år og at de nå var blitt 29 år gamle. Lagmannsretten vektla at kjøperne ikke hadde grunn til å ha for høye kvalitetsforventninger til taket når de visste om dette.

Et annet moment vil være om kjøper er opplyst om hvilken byggeskikk man benyttet under oppføring av eiendommen. I multimurdommen⁹¹ var kjøper, som var forbruker, kjent med at bygningen var bygget med en spesiell form for murelementer på leirgrunn (multimur). Kjøper fikk dermed ikke medhold i sitt krav på prisavslag og erstatning tilsvarende utbedringskostnadene. Dommen kan imidlertid sies å være noe streng da en lekmann sjelden vil ha nok tekniske kunnskaper til å foreta en god vurdering av risikoen i spesielle tilfeller. Hvis man derimot ikke har blitt opplyst om byggeskikk vil det på den annen side tale for at eiendommen er vesentlig dårligere enn hva kjøper hadde grunn til å regne med.

Et siste moment kan være størrelsen på utbedringskostnadene. En vurdering av størrelsen på utbedringen vil bero på rene tall i motsetning til ”prosentlæren”, se over. Hvis en mangel fremstår som enkel og lite kostnadskrevende å utbedre vil den ”ikke være vesentlig”⁹².

⁸⁸ Se RG. 2002 s. 765 og LB. 2005-048518

⁸⁹ LB. 2005-090635

⁹⁰ LB. 2007-029517

⁹¹ RG. 2001 s. 56

⁹² Anderssen s. 57

4.5.3 De subjektive forhold

4.5.3.1 Innledning

Utgangspunktet for om en eiendom er ”vesentlig” dårligere enn kjøper hadde grunn til å regne med er objektiv jfr. Punkt over. Det fremgår imidlertid av rettspraksis at subjektive momenter har blitt vektlagt i vesentlighetsvurderingen. Et subjektivt moment vil ikke kunne være avgjørende i seg selv, men inngå i en helhetsvurdering på samme måte som et objektivt moment. Under vil jeg punktvis gjennomgå de mest aktuelle momentene av subjektiv karakter. Jeg legger til grunn at vi er utenfor de lovbestemte rettsreglene om opplysnings- og undersøkelsesplikt jfr. Avhl. §§ 3-7, 3-8 og 3-10.

4.5.3.2 Partenes profesjonalitet og styrkeforholdet mellom partene

For det første er det et moment om selger og kjøper er henholdsvis forbruker eller en profesjonell part i kjøpssituasjonen. Avhendingsloven § 1-2 om forbrukerkjøp er ment å sikre en kjøper som er forbruker sterkere rettigheter ved kjøp og salg av eiendom. Det er imidlertid ikke slik at alle selgere kan sies å være profesjonelle parter. Sterke reelle hensyn taler dermed for at en forbruker som selger en leilighet også har krav på forbrukerbeskyttelse.

Det er sikker rett at det stilles høyere krav til en profesjonell part enn en forbruker. Risikoen vil med dermed bli plassert hos den profesjonelle part. Dette begrunnes med at en profesjonell part vil ha bedre grunnlag enn forbrukeren til å vurdere eiendommens kvaliteter, eller eventuelt hente inn den rette fagmannen til å foreta en slik vurdering. Hvor risikoen skal plasseres når partene har like forutsetninger er mer problematisk. Anderssen⁹³ tar til orde for at en slik avveining må bero på en konkret vurdering av hele salget. Dette synes hensiktsmessig siden de fleste boliger er ulike. Det er ikke nødvendigvis slik at selger eksempelvis alltid skal bære risikoen for en bolig når han er en profesjonell part hvis kjøper sitter inne med tilsvarende kompetanse. Det kan tenkes at begge parter er byggmestere, men at den ene sitter på mer erfaring når det gjelder

⁹³ Anderssen s. 59

betongstruktur enn den andre. Hvis feilen gjelder eiendommens betongmasse er det dermed hensiktsmessig at han må bære risikoen.

I fornminnedommen⁹⁴ (dissens 3-2) var både selger og kjøper av en tomt profesjonelle parter. Konflikten var et resultat av informasjon som var glemt innhentet og således umuliggjorde utbygging. Begge parter hadde samme forutsetninger for å innhente disse opplysningene. Selgeren ble under tvil gitt medhold. Siden kjøper var en profesjonell utbygger fremholdt retten at kjøper ”hadde den risikoen som var forbundet med at utbyggingen kunne bli vanskeliggjort av fornminner”. Dommen illustrerer viktigheten av å vurdere hver enkelt sak, hvor partene er likeverdig profesjonelle, konkret og nøye. På den annen side vil sannsynligvis en selger som hovedregel sitte på mer kunnskap om eiendommen enn en kjøper. Reelle hensyn taler dermed for at risikoen til en viss grad skyves over på selger i de tilfeller der begge parter forutsetninger synes å være like.

For det andre kan partenes alder- og helsetilstand vektlegges som moment i vesentlighetsvurderingen. Hvis en kjøper eller selger er gammel eller ved svak helse kan det være vanskelig å vurdere eiendommen på en skikkelig måte. Et eksempel kan være en eldre dame i rullestol som ikke har innsisert sin egen kjeller på 10 år. I et slikt tilfelle vil nok kravene til selger senkes. Et annet eksempel kan være partenes lave alder. I en dom fra 1993⁹⁵ var det tale om en ung kjøper. Retten fremholdt at uerfarne kjøpere må søke hjelp av mer kyndige personer for å være sikre på at de har overholdt sin undersøkelsesplikt.

Et tredje moment kan være om selger har bodd på eiendommen eller ikke, for eksempel ved salg av et dødsbo. I slike tilfeller er det naturlig at selger kanskje ikke kjenner eiendommens kvaliteter fullt ut og at kjøper dermed aksepterer en større risiko for at skjulte feil og mangler kan forekomme. I en dom fra 2000⁹⁶ kunne det ikke tale mot selger at hun ikke hadde bodd på eiendommen de siste 20 årene.

⁹⁴ Rt. 1997 s. 70

⁹⁵ LG-1993-01187

⁹⁶ RG-2000 s. 765

For det fjerde er det av betydning om kjøper besikket eiendommen med en sakkyndig hjelper. Etter avhl. § 3-10 (2) om kjøpers undersøkelsesplikt kan ikke kjøper gjøre gjeldende mangler han "burde" oppdaget. Når kjøper benytter seg av sakkyndige vurderes hva kjøper burde oppdaget i realiteten etter hva "sakkyndige" burde oppdaget. Hvis § 3-10 (2) allikevel ikke kommer til anvendelse vil uansett "det forhold at kjøper benyttet seg av en sakkyndig heve vesentlighetsterskelen"⁹⁷.

Til slutt kan hvem som har oppført boligen være et moment. Hvis selger selv har oppført boligen er det grunn til å tro at han har god kjennskap til alle kvaliteter og svakheter ved eiendommen. I en dom fra 1998⁹⁸ fikk en ansvarsfraskrivelse i kjøpskontrakten liten betydning. Selgeren hadde selv stått for oppføring og utbedringer ved eiendommen. Retten fremholdt at "det blir således lite rom for selgeren til å påberope seg manglende kjennskap til mulige feil og mangler". På den annen side vil terskelen for vesentlighetskravet senkes hvis eiendommen for eksempel er oppført av ufaglært arbeidskraft.

4.5.4 Culpa – en vurdering av partenes aktsomhet

4.5.4.1 Innledning

Som nevnt tidligere fremgår selgers opplysningsplikt og kjøpers undersøkelsesplikt av §§ 3-7, 3-8 og 3-10. Etter disse er det henholdsvis selgers plikt å gi både korrekte og lojale opplysninger om eiendommen og kjøpers plikt til å undersøke eiendommen, hvis han er blitt oppfordret til det. Avhendingsloven § 3-9 1. setning pulveriserer generelle forbehold hvis det foreligger opplysningssvikt for selger etter overnevnte bestemmelser. I følge juridisk teori gjelder dette "uten innskrenkninger"⁹⁹.

⁹⁷ Anderssen s. 60

⁹⁸ LB-1998-01336

⁹⁹ Rognlien s. 81

Hvorvidt en eller begge av partene har opptrådt med skyld kan imidlertid også utgjøre et moment i vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 2. setning. Det forutsettes med dette at vi er utenfor de lovfestede reglene om partenes subjektive skyld jfr. § 3-9 1. setning.

4.5.4.2 Culpøse momenter

Rettspraksis viser at klanderverdig opptreden er et moment som tas i betraktning. I en dom fra 1999¹⁰⁰ hadde kjøper og selger forsømt henholdsvis sin undersøkelses- og opplysningsplikt. Det var klart at selgers mislighold i størst grad innvirket på avtalen og medførte at kjøper fikk medhold. I tilfeller hvor partene har like stor skyld vil det at en ansvarsfraskrivelse foreligger medføre at risikoen påhviler kjøper¹⁰¹.

Når man vurderer en parts opptreden må flere momenter tillegges vekt. Disse har nær sammenheng med hvilke forutsetninger kjøper har, som nevnt over i punkt 3.1.3. Det understrekes at kjøper bare har undersøkelsesplikt når selger har oppfordret til dette.

Et første moment kan være at eldre objekter har større sannsynlighet for å inneha skjulte feil og mangler. Det må derfor stilles høyere krav til kjøpers undersøkelser i de tilfeller når man står ovenfor en eldre eiendom¹⁰².

For det andre kan det være et moment hvordan selger har markedsført og informert om eiendommen¹⁰³. Har selger gitt uttrykk for at standarden er høy og at eiendommen er feilfri vil kravene til kjøpers undersøkelse senkes i tråd med styrken på uttalelsene.

For det tredje er det et moment i hvilken grad det var enkelt for kjøper å skaffe kunnskap om eiendommen og mulighetene til å få sakkyndig hjelp. Hvis en kjøper ikke følger selgers råd om å besiktige eiendommen på en skikkelig måte kan dette som nevnt

¹⁰⁰ Rg. 1999 s. 1598

¹⁰¹ Rg. 2001 s. 56

¹⁰² Rg. 2003. s. 718 (Norumdommen)

¹⁰³ John Egil Bergem/Stein Rognlien, 1995, s. 107

utgjøre en mangel etter avhl. § 3-10 (2). I Bukkeboddommen¹⁰⁴ ble det vurdert om kjøper måtte bære risikoen for den skjulte mangelen. I salgsoppgaven ble fare for mangel nevnt, i tillegg til at selger oppfordret til en grundig gjennomgang, gjerne med sakkyndig. Oppfordringen ble senere gjentatt muntlig. Retten uttalt etter dette at kjøperne selv måtte bære risikoen for at feilene var mer omfattende enn antatt.

Et fjerde moment kan være antall visninger kjøper har vært på. I en dom fra 1998¹⁰⁵ hadde kjøperne vært på privatvisning i en bolig ved tre anledninger, hvorav huset var tømt ved den siste visningen. Det ”dreide seg for øvrig ved alle anledninger om visninger spesielt for dem”. Dette måtte ifølge retten heve kjøpers aktsomhet.

Til slutt kan det være et moment om selger har bodd på eiendommen uten å oppdage noe som kan indikere at det foreligger mangelfulle forhold. Det kan da ikke stilles krav til at kjøper skal oppdage slike mangler når han er på en kort visning, som for mange representerer en presset situasjon. I en dom fra 1999¹⁰⁶ kunne det ikke lastes kjøper at han på visning ikke oppdaget en glipp mellom gulvet som var dekket av en kiste. Retten bemerket at ”heller ikke [selgerne] hadde lagt vekt på denne eller oppfattet den som tegn på noe galt”.

5 Forholdet mellom avhendingslovens § 3-9 og andre nærliggende mangelsbestemmelser

5.1 Innledning

Vi så tidligere i avhandlingen at hovedregelen i § 3-1 ikke kom til anvendelse når eiendommen er solgt ”som den er”. Som nevnt er det prinsipielle utgangspunktet at

¹⁰⁴ Rt. 2002 s. 1425

¹⁰⁵ RG. 1998 s. 155

¹⁰⁶ LB-1999-00120

selger er uten ansvar for skjulte feil og mangler når avtalen mellom selger og kjøper inneholder en ”som den er”-klausulering.

Avhendingsloven inneholder flere mangelsbestemmelser foruten allerede nevnte § 3-1. Jeg vil her vurdere hvorvidt disse bestemmelsene vil komme til anvendelse i de tilfeller hvor det foreligger ”som den er”-klausuler.

5.2 Avhendingsloven § 3-2 (2) – forskriftsmangler

Etter avhendingsloven § 3-2 (2) skal ”eigedomen vere i samsvar med offentlegrettslege krav som er stilt i lov eller i medhald av lov, og som gjaldt for eigedomen på den tida då avtala vart inngått [...]”. En forskriftsmangel oppstår dermed når eiendommen ikke lever opp til de ”offentlegrettslege krav” som stilles. Hva fast eiendom angår kan en forskriftsmangel for eksempel være at eiendommen ikke er bygget i tråd med gjeldende brannforskrifter. Bestemmelsen gjelder videre ”ved forbrukarkjøp”. Spørsmålet blir om ”som den er”-klausuler også gjelder for forskriftsmangler.

Etter avhl. § 3-9 er det ingenting som tyder på at forskriftsmangler faller utenfor bestemmelsens vide ordlyd. Hensynet til forutberegnelighet kan tale for at en streng tolkning av ordlyden på et rettsområde hvor mange forbrukere har interesser, slik at også forskriftsmangler omfattes.

Rettspraksis har vært varierende i sitt standpunkt frem til den første av to avklarende dommer kom i 2004 og 2005. I RG. 2004 s. 72 var spørsmålet om ”som den er”-klausuler gjaldt for forskriftsfeil. Retten fremholdt at ”det er nærliggende å forstå loven slik at den i § 3-9 uttømmende regulerer i hvilke tilfeller kjøperen kan gjøre ansvar gjeldende når det er avtalt en ”som den er”-klausul. Dersom det hadde vært meningen at den deklarasjoniske regelen i § 3-2 (2) [...] også skulle gå foran en ”som den er”-klausul [...] hadde det vært grunn til å nevne det uttrykkelig i loven”. Litt enklere sagt betyr dette at ”som den er”-klausuler også omfatter forskriftsmangler.

Dette standpunktet ble fulgt opp i Høyesterett av Rt. 2005 s. 1281. Avgjørelsen var en dissensdom, 4-1, men dette svekker ikke dommens prejudikatsverdi da dissensen ikke

gjaldt forholdet mellom § 3-2 (2) og ”som den er”-klausuler. Kjøperne argumenterte blant annet for at forskriftsmangler kunne gjøres gjeldende da avhendingsloven § 3-9 ikke er uttømmende, blant annet med støtte i forarbeidene.

Retten mener imidlertid at forarbeidene verken gir støtte for dette eller juridisk teori. Argumentasjonen til Høyesterett følger mye av den samme linjen som i overnevnte lagmannsrettsdom fra 2004, men det tilføyes at ”slik § 3-9 lyder, vil bestemmelsen helst omfatte de klare og/eller vesentlige mangler. I den grad en forskriftsmangel har resultert i en vesentlig mangel, vil § 3-9 annet punktum kunne anvendes. (Det er uansett ikke tale om en slik mangel i den foreliggende sak)”.

Det synes dermed klart at vurderingen om en forskriftsmangel er en mangel må vurderes etter opplysningsplikten i § 3-9 1. setning eller vesentlighetsvurderingen i 2. setning.

5.3 Avhendingsloven §§ 3-3 til 3-6 a

Lovens § 3-3 omhandler arealsvikt ved en eiendom. Det fremgår at hvis eiendommen har mindre areal enn ”kjøparen har rekna med, er det likevel ikkje mangel utan at arealet er vesentleg mindre enn det som er opplyst av seljaren” eller at selger har opptrådt ”klanderverdig”. Spørsmålet blir om man kan avtale seg bort fra arealsvikt ved et ”som den er”-forbehold.

Etter forarbeidene¹⁰⁷ kan ikke slike generelle forbehold skjerme selger fra det som følger av avhl. § 3-3. Det følger videre av avhendingsloven § 1-2 (2) at bestemmelsen § 3-3 ikke kan fravikes til ugunst for en forbrukerkjøper. Bestemmelsen § 3-3 slår etter dette igjennom ovenfor en ”som den er”-klausulering.

Bestemmelsene i §§ 3-4 til 3-6 a er på den annen side fravikelige jfr. Avhl. § 1-2. Hvis en selger har foretatt en ”som den er”-klausulering må med andre ord mangler etter disse bestemmelsene vurderes etter lovens § 3-9.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 66 (1999-1991) s. 92

5.4 Retts- og rådighetsmangler etter §§ 4-17 og 4-18

Bestemmelsene omhandler de tilfeller hvor det eksempelvis oppdages en skjult panteheftelse eller at eiendommen nylig er omregulert av det offentlige. Det fremgår av forarbeidene at reglene i avhendingsloven kapittel 3 ”vil gjelde tilsvarende i høve til retts- og råvaldsmanglar m.m.¹⁰⁸”. Mangelsvurderingen når det foreligger ”som den er”-klausuler må dermed foretas etter avhl. § 3-9.

6 Tilstandsrapporters betydning ved salg av brukt eiendom

6.1 Innledning

Som vist tidligere i oppgaven oppdages det gjerne skjulte feil og mangler ved en eiendom. Brukte boliger vil sjelden være perfekte på grunn av den slitasje en naturlig bruk vil påføre eiendommen. Slike feil og mangler kan påvirke både boligens verdi og bruksområde.

Ytre, åpenbare feil og mangler kan som regel oppdages av alle som er på befaring på en eiendom. Det problematiske oppstår når det foreligger skjulte feil og mangler av en mer komplisert karakter. Feil i eksempelvis bygningens rørkonstruksjon kan sjelden oppdages av en lekmann, og om det oppdages er det allikevel vanskelig å vurdere konsekvensene av potensielle feil og mangler uten kompetent rådgivning.

Før man selger en bolig er det vanlig å innhente en takstmann som vurderer boligens verdi og beskaffenhet etter en kort undersøkelse, en verditakst. En tilstandsrapport er på den annen side en grundigere gjennomgang av eiendommens ”tekniske og vedlikeholdsmessige tilstand¹⁰⁹”. Takstmannen vil her gå mye mer nøyaktig til verks for

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 66 s. 92

¹⁰⁹ <http://www.ntf.no/Tilstandaanalyse.aspx>

å oppdage de særlige forhold som en normal boligkjøper vanskelig har kompetanse til å oppdage og vurdere. En tilstandsrapport vil kunne avdekke feil og mangler ved en eiendom som partene ellers ikke ville ha oppdaget. Resultatet blir da at kjøper ikke kan påberope de feilene tilstandsrapporten avdekker, som mangler. Kjøper kan da bestemme hvor stort bud han vil inngi i lys av tilstandsrapporten og selger slipper å møte mangelskrav etter at avtalen er oppfylt.

Opplysningene som fremgår av en tilstandsrapport vil dermed ha betydning for hva en kjøper har ”grunn til å regne med”. Allikevel er det ikke et lovfestet krav at selger må innhente en tilstandsrapport før han selger en eiendom. I NOU 2009: 6, vurderes det hvorvidt et slikt lovfestet krav til innhenting av tilstandsrapport skal innlemmes i avhendingsloven. Formålet med en slik regel, og dermed større bruk av tilstandsrapporter, er ”å sikre at avtaler om kjøp av bolig blir inngått på grunnlag av riktig informasjon¹¹⁰”. Spørsmålet blir da hvilke konsekvenser dette vil ha for bruken av ”som den er”-forbehold innen avhendingsretten.

6.2 Tilstandsrapporter og ”som den er”-forbeholdet

I NOU 2009:6 tar medlemmene for seg hvorvidt et ”som den er”-forbehold kan klausuleres i kjøpekontrakten hvis tilstandsrapporter ikke blir fremlagt for kjøper. Seks av utvalgets medlemmer argumenterer for at en selger ikke kan ta et slikt forbehold uten at en tilstandsrapport er fremlagt.

På grunn av at ”som den er”-klausuler er blitt et viktig punkt for selgere som ønsker å beskytte seg mot feil- og mangelsinnsigelser fra kjøper, mener medlemmene at et slik forbud vil ”innebære et sterkt insentiv for selger til å fremlegge rapport¹¹¹”. Hvis et slikt insentiv blir fulgt av aktørene på boligmarkedet vil realiteten være den at kjøper får mer informasjon om boligen, mens selger beholder sitt vern mot skjulte feil og mangler. I lys av ”som den er”-klausulers store utbredning og antatte viktighet for selgere mener

¹¹⁰ NOU 2009: 6 punkt 3.2.1 s. 24

¹¹¹ NOU 2009: 6 punkt 3.3.4 s. 33

medlemmene at ”selgere [vil] derfor trolig innhente tilstandsrapport for å kunne benytte seg av denne ansvarsfraskrivelsen¹¹²”.

Videre argumenteres det for at det å knytte gyldigheten av ”som den er”-klausuler opp mot at en tilstandsrapport er fremlagt, kan medføre at satsene for å tegne eierskifteforsikring forandrer seg. Når en ”som den er”-klausul ikke er inntatt vil forsikringsselskapene måtte svare for andre feil og mangler enn bare de som er ”vesentlige”. Dette vil medføre at selskapene må bruke mer penger på kundene sine og dermed er det grunn til å tro at forsikringspremien også stiger i takt med dette. Sannsynligvis blir det da mer forlokkende for selger å innhente en tilstandsrapport.

På den annen side finner vi de øvrige medlemmene i utvalget som ikke kan gå inn for en slik løsning. De argumenterer med at et forbud mot ”som den er”-klausuler, hvor en tilstandsrapport ikke fremlegges, ”bare i begrenset utstrekning medfører en forskjell i selgerens rettslige stilling¹¹³”. Dermed vil regelen heller ikke øke antallet fremlagte tilstandsrapporter.

De foreslår at opplysningsplikt og kanalisering av ansvar ved feil i tilstandsrapporten er mest hensiktsmessig for å øke bruken av tilstandsrapporter. Forslaget innebærer i all hovedsak at i de tilfeller hvor selger ikke fremlegger tilstandsrapport ”blir han stilt som om han hadde den kunnskapen som rapporten ville ha gitt¹¹⁴”. Hvis tilstandsrapporten er mangelfull skal imidlertid selger være fritatt fra ”identifikasjonen med den bygningssakkyndige¹¹⁵”.

Ved utarbeidelse av en ny bestemmelse i avhendingsloven, § 3-13, ble medlemmene ikke enige om dens innhold¹¹⁶. De førstnevnte partene over utformet en regel hvor ”som den er”-forbeholdet ble ugyldig hvis ikke tilstandsrapport var fremlagt. De andre medlemmene utformet ikke et slik krav.

¹¹² NOU 2009: 6 punkt 3.3.4 s. 33

¹¹³ NOU 2009: 6 punkt 3.4.4 s. 34

¹¹⁴ NOU 2009: 6 punkt 3.4.3.1 s. 30

¹¹⁵ NOU 2009: 6 punkt 3.4.3.3 s. 31

¹¹⁶ NOU 2009: 6 kap. 10 s. 98-99

På den ene siden kan det anføres at salg av eiendom i større grad enn tidligere nå blir gjort av profesjonelle. Dette kan ses i lys av kompetansekrav som trer i kraft fra og med 01.07.2011 hvor man enten må være utdannet eiendomsmegler eller jurist for å besørge salg av fast eiendom. Med profesjonelle medhjelpere er det sannsynlig at det vil bli oppfordret til å velge den beste løsningen for selger av eiendommen, nemlig å sikre selgers rettigheter på best mulig måte. Et av signalene som fremgår av NOU 2009: 6 tilsier at medlemmene i utvalget ønsker å styrke kjøpers rettigheter. En ”som den er”-klausul hever terskelen slik at en mangel må være vesentlig og det vil være naturlig for selger å innta denne i kjøpskontrakten. Når det gis signaler, lovfestet eller ei, om at ”som den er”-forbeholds gyldighet henger sammen med tilstandsrapporters fremleggelse, er det grunn til å anta at den profesjonelle medhjelper vil oppfordre til dette.

Slik jeg ser det virker det hensiktsmessig å inkorporere et krav om fremlagt tilstandsrapport i avhendingsloven for at selger skal få lov til å bruke et ”som den er”-forbehold i kjøpekontrakten. Avhendingsloven brukes ofte av lekmenn uten juridisk kompetanse. Et slikt klart krav ville være med på å gjøre lovteksten forutberegnelig, slik at forbrukere med sikkerhet vet hvilke krav som stilles. Jeg mener imidlertid at det er viktig å formulere en eventuell bestemmelse på en korrekt måte. Det fremstår ikke som hensiktsmessig, i lys av kostnader og skadepotensiale per kvadratmeter, å kreve tilstandsrapport fremlagt ved salg av små leiligheter. Det må med andre ord formuleres en regel som ikke tvinger alle til å fremlegge tilstandsrapport for å få lov å benytte ”som den er”-forbehold i kontrakten. Etter mitt skjønn vil en gunstig løsning være å kreve en slik fremleggelse ved boliger og leiligheter på grunnflate over 100 kvadratmeter.

7 Litteraturliste

7.1 Faglitteratur

Krüger, Kai; Norsk kjøpsrett, 4. reviderte utgave, Bergen 1999

Hagstrøm, Viggo, i samarbeid med Magnus Aarbakke; Obligasjonsrett, Oslo 2003

Anderssen, Harald Benestad; Avhendingslovens § 3-9 2. punktum, Oslo 2002

Rognlien, Stein; Avhendingslova, Oslo 1998

Martinussen, Roald; Avhendingsrett, Oslo 2007

Bergsåker, Trygve; Kjøp av fast eiendom, 4. utgave, Oslo 2003

Lilleholt, Kåre; avtale om ny bustad, Oslo 2001

Bergem, John Egil, Rognlien, Stein; Kjøpsloven, Oslo 1995

Eckhoff, Torstein; Rettskildelære, 5. utgave ved Jan. E. Helgesen, Oslo 2001

7.2 Lover

Lov om avslutning av avtaler, om fulmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4

Lov om avhending av fast eiendom (avhendingsloven) av 3. juli 1992 nr. 93

7.3 Forarbeider

Innst. O. nr. 71 (1991-1992)

Ot.prp. nr. 66 (1990-1991)

Ot.prp. nr 80 (1986-1987)

NOU 2009: 6

7.4 Domsregister

7.4.1 Høyesterett

Rt. 1982 s. 1357

Rt. 1997 s. 70

Rt. 1998 s. 774 (Videospillerdommen)

Rt. 1998 s.1510

Rt. 2002 s. 696

Rt. 2002 s.1425 (Bukkeboddommen)

Rt. 2003 s. 612

Rt. 2007 s.1587 (Avvisningsrettdommen)

Rt. 2008 s.963 (Rottedommen)

Rt. 2010 s.103

7.4.2 Lagmannsrettene

RG-1997-00235

RG-1998 s. 155

RG. 1999 s. 1341

RG. 1999 s. 1598

RG-2000 s. 765

RG. 2001 s. 56

RG. 2001 s. 643

RG. 2002 s. 765

RG. 2003. s. 718 (Norumdommen)

RG. 2003 s. 1513

RG. 2004 s. 357

LA. 2005-176497

LB-1998-01336

LB-1999-00120

LB-1999-01911

LB-2001-000237

LB. 2005-048518

LB. 2005-090635

LB. 2006-75433

LB. 2007-029517

LB-2007-122535

LE. 2001 s. 653

LF-1997-00816

LF.1997-1036

LG. 1993-01187

LG. 2006-148629

LH. 2007-028395

7.4.3 Internett

<http://www.ntf.no/Tilstandaanalyse.aspx>